Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

der vorhin bezeichneten Weiſe wehe zu thun. Wann die Klage gemäß zu erkennen ſey, läßt ſich hiernach von ſelbſt ermeſſen. Sollte es ſich aber ergeben (worauf die Gerichte ſogar von Amtswegen, wie bei allen Strafſachen, zu ſehen haben), daß der Advocat, welcher die Belohnung einklagt, das Verſprechen derſelben contra bonos mores auf die angegebene Art erſchlichen ꝛc. habe; ſo wird, außer der Abweiſung ſeiner Klage, noch die in den Geſetzen angedrohte Strafe wider ihn verhängt. Die verſprochene Belohnung iſt übrigens, ihrer rechtlichen Natur nach, als eine donatio remuneratoria zu betrachten.

XII.

Ueber die Colliſion der Legatare mit den Erbſchaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben.

Vom Hrn. Prof. Dr. Fritz in Freyburg.

§. 1.

Eine Colliſion der Legatare [1]) mit Gläubigern, die nicht Legatare ſind, kann auf zweierlei Weiſe entſtehen: einmal dadurch, daß die Erbſchaft und resp. die Erbportion, worauf die Vermächtniſſe gelegt ſind, nicht zureicht, und zweitens durch Inſolvenz des Erben [2]). Da es nun geſetz-

1) Daß ſeit Juſtinians c. 1. 2. C. commun. de legat. (6. 43.) zwiſchen Legaten und Fideicommiſſen kein Unterſchied mehr beſteht, iſt eine bekannte Sache. Ich werde daher in dieſem ganzen Aufſatze die Fideicommiſſe nie neben den Legaten, und eben ſo wenig den Fideicommiſſar neben dem Legatar nennen.

2) Ich rede hier, wie in der ganzen Abhandlung, nur von denjenigen Vermächtniſſen, die dem directen Erben aufgelegt

liche Regel iſt, daß die Erbmaſſe und das Vermögen des Erben als ein Vermögen anzuſehen ſind; ſo haben die Legatare, die Urſache der Colliſion mag in dem einen oder in dem andern jener beiden Umſtände liegen, regelmäßig die Erbſchaftsgläubiger und zugleich die Gläubiger des Erben zu Concurrenten, und nur zuweilen ausnahmsweiſe wegen ſingulärer geſetzlicher Vorſchriften blos jene oder blos dieſe [3]).

Hiernach iſt es offenbar unzureichend, wenn unſere Compendien nur für die Colliſion der Legatare mit den Erbſchaftsgläubigern eine Regel aufſtellen, nämlich die Regel: die Legatare ſtehen den Erbſchaftsgläubigern unbedingt nach [4]). Auch iſt dieſe Regel in der Allgemeinheit, in welcher ſie ausgeſprochen wird, wegen der Möglichkeit, daß auch Gläubiger des Erben concurri-

---

ſind. Bei denjenigen, die einem Andern aufgelegt ſind, kommen die hier zu erörternden Fragen theils nicht vor, theils erledigen ſie ſich, ſobald man weiß, wie ſie in unſerem Falle zu beantworten ſind.

3) Blos mit Erbſchaftsgläubigern collidiren diejenigen Legatare, welche das beneficium separationis impetrirt haben, und blos mit den Gläubigern des Erben diejenigen Legatare, welche von jener Rechtswohlthat keinen Gebrauch machen, während alle Erbſchaftsgläubiger es thun.

4) Z. B. v. Wening-Ingenheim, Civilrecht, §. 203. (Bd. III. §. 3.) am E.; wo nach geſchehener Angabe der allgemeinen Grundſätze über das Verhältniß mehrerer Gläubiger die Worte folgen: „Eine allgemeine Ausnahme von dieſen Grundſätzen tritt bei der Colliſion der Gläubiger des Erblaſſers und der Legatarien ein, indem dieſe jenen immer nachſtehen.“ Die Stellen, welche zur Begründung dieſes Satzes angeführt werden, ſind: fr. 17. D. de mort. causa donat. (39, 6.) und c. 22. §. 5. C. de jure deliberandi. (6, 30.) Die Pandectenſtelle wird im §. 2, die Codexſtelle im §. 3, und in mehreren ſpäteren §§en dieſes Aufſatzes erörtert werden.

ren, offenbar eben ſo unwahrſcheinlich und unausführbar, als der, von manchen Civiliſten angenommene, von Löhr aber bekämpfte Satz, daß die Oeffentlichkeit oder Quaſiöffentlichkeit der Entſtehung eines Pfandrechts nur bei Conventionalpfändern einen Vorzug begründe [5]).

Nach dieſen Bemerkungen möchte es keiner Rechtfertigung bedürfen, wenn ich in der nachfolgenden Abhandlung das Verhältniß der Legatare zu den zwei angegebenen Arten von Gläubigern erörtere.

Die Ordnung, in welcher dieſes geſchieht, wird ſich, wenn wir uns an die Quellen halten, von ſelbſt ergeben. So wie man aber, meiner Anſicht nach, bei jeder Erörterung einer Colliſion von Rechten, bevor man das Verhältniß der collidirenden Rechte beſpricht, die Frage ſorgfältig beantworten ſollte: ob auch alle angeblich collidirenden Rechte wirklich beſtehen, oder ob ſie vielleicht in dem fraglichen Fall zum Theil gar nicht exiſtiren, und daher auch nicht collidiren können? ſo iſt auch hier die Frage allen andern vorauszuſchicken: inwieweit der Erbe, wenn die Erbmaſſe nicht zureicht, die Erbſchaftsſchulden und Legate zu bezahlen verpflichtet iſt? Da ich übrigens über die Verpflichtung des Erben, die Erbſchaftsſchulden zu bezahlen, nichts Neues zu ſagen weiß, ſo wird ſich meine Präliminarfrage auf die Vermächtniſſe beſchränken.

§. 2.

Beantwortung der Präliminarfrage.

Von der Novelle 1. galt bekanntlich der allgemeine Grundſatz, daß Niemand weiter mit Vermächtniſſen gravirt werden könne, als er honorirt iſt. Dieſer Grundſatz galt bei den Vermächtniſſen, welche dem directen Erben aufgelegt ſind, ganz eben ſo, wie bei denjenigen, welche dem Fideicommißerben, oder dem, der nur ein Singularver-

5) V. Löhr in dieſem Archiv, Bd. 6. Nr. 6.

mächtniß zu beziehen hat, aufgelegt ſind [6]). Ja der directe Erbe hatte noch in der Regel den Vortheil, daß er, wenn die Vermächtniſſe mehr als drei Viertheile des in der Erbportion enthaltenen reinen Vermögens betragen, an jenen, und zwar an jedem pro rata, ſoviel abziehen konnte, daß ihm ein Viertheil der reinen Erbportion übrig blieb [7]).

Die Novelle 1. macht aber hier eine ſehr wichtige Neuerung. Während ſie es in Beziehung auf den bloßen Fideicommißerben und den gewöhnlichen Vermächtnißnehmern auferlegten weitern Vermächtniſſe beim bisherigen Recht bewenden läßt, verordnet ſie in Beziehung auf den directen Erben: dieſer ſolle nicht nur kein Quart abziehen können, ſondern ſogar die ihm auferlegten Vermächtniſſe über den Beſtand des reinen Vermögens bezahlen müſſen, wenn er nicht auf die näher angegebene Weiſe ein Inventarium über die Activmaſſe errichtet. Bei dieſem Inventarium iſt alles dasjenige zu beobachten, was nach der bekannten Juſtinianeiſchen Conſtitution im Codex beobachtet werden muß, wenn der Erbe die Rechtswohlthat genießen will, den Erbſchaftsgläubigern nicht mehr bezahlen zu müſſen, als die Activmaſſe beträgt, und außerdem müſſen noch die Vermächtnißnehmer ſelbſt, wenn ſie anweſend ſind, eingeladen, und ſtatt der Abweſenden und der nicht Erſcheinenden müſſen drei anſäſſige wohlhabende, glaubwürdige und in gutem Rufe ſtehende

---

6) §. I. de singulis reb. per fideicommissum relict. (2, 24.); fr. 15. in f. D. de jure codicillor. (29, 7.); fr. 94. §. 3. fr. 114. §. 3. D. de legat. I. (30.); fr. 30. §. 2. fr. 77. §. 5. D. de legat. II (31.); fr. 1. §. 6. fr. 34. §. 2. D. de legat. III (32.); fr. 1. §. 17. fr. 17. §. 2. D. ad SCtum Trebell. (36, 1.); fr. 17. D. de mort. causa donationib. (39, 6.); fr. 24. §. 5. D. de fideicommissariis libertatib. (40, 5.)

7) Ueber dieſe quarta Falcidia ſ.: *Inst.* Lib. 2. Tit. 22. — *Dig.* Lib. 35. Tit. 2.

Zeugen zugezogen werden [8]). Alles dieſes ſoll gelten ohne Unterſchied, zu welcher Klaſſe von Perſonen der Erbe gehört,

8) Die dispoſitiven Worte der Novelle über dieſen Punct, die ſich im cap. 2. finden, lauten folgendermaßen:

§. 1. Fiat igitur inventarium, ab herede, metuente, ne forte non habeat post debita et legata Falcidiam, *secundum modum et tempora, perquae dudum sancivimus*, quando homines excepimus ex damno rerum suarum, in aditionibus statuentes onera usque ad substantiae relictae mensuram; *illo adjecto solo*, ut oporteat hujusmodi heredem, qui non creditores solum sed etiam legatarios et fideicommissarios veretur, et metuit non damnificari solum, sed etiam non lucrari, convocare omnes legatarios et fideicommissarios, quanticunque sunt in eadem civitate constituti, aut quosdam pro eis agentes, si forte personarum natura, aut dignitas, aut qualitas, aut aetas, aut quae libet necessitas facultatem eis non dat ad inventarii praesentiam. Si vero absunt aliqui, interesse testes in ipsa civitate fide dignos, et possidentes substantiam, et optimae opinionis existentes, non minus tres: tabulariis enim solis, quantum ad hoc competit, non credimus: coram quibus convenit fieri inventarium, ita, ut supervenientibus legatariis et querentibus forsan, subreptum aliquid rerum, aut non manifestatum, licentia sit, non solum per servorum examinationem causam quaerere (nam etiam hoc praebuimus per prolatam dudum a nobis in servilibus examinationibus observantiam); sed etiam per jusjurandum heredis at jusjurandum testium dicentium: *se et adfuisse iis, quae gesta sunt, et vidisse, quae tunc agebantur, et in nullo conscios esse factae ab herede malignitatis;* sicque in iis, quae relicta sunt a testatoribus, invenire veritatem. Nisi forte praesentes legatarii omnes, constitutione sibi praemissa, noluerint venire nec adesse inventario. Tunc enim licentia erit heredi, etiam non advenientibus legatariis contentum esse testium praesentia et facere descriptionem; reposito etiam sic legatariis et jurejurando heredis, et servorum examinatione, et his omnibus observatis habere ex Falcidia praesidium. Sic enim non videbimur, neque legem ita hactenus approbatam minuere,

und namentlich auch, wenn er dem Soldatenſtande angehört. Der Soldat hat alſo in Beziehung auf die Ver-

---

neque injustitiam facere morienti. Si enim omnino quidem sibi vult aliquos fieri heredes, et habere quandam consolationem ex sua successione, arbitratur, se sufficientem habere substantiam, non tamen hoc causa veritas ostendit: certum est, quia non haec contrarietas erit sententiae morientis, sed ignorantiae puritas illius. — §. 2. Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut praedixi-mus; non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios et fideicommissarios, licet purae substantiae morientis transscendat mensuram legatorum datio. Et hoc dicimus, non nostrum minuentes legem, quum posuimus, ut nihil de proprio damnificentur heredes creditoribus, sed dabit eis poenam exactio suae malignitatis, cur transscenderit leges, ex quibus caute omnia agens, nihil poterat damnificari, sed ex diverso etiam, quae sunt ex Falcidia lege, lucrari. — Zweifelhaft bleibt mir: ob, wenn keine abweſende Legatare exiſtiren, ſtatt der weder in Selbſtperſon noch durch Bevollmächtigte der Errichtung des Inventariums beiwohnenden gegenwärtigen Legatare dieſelben drei anſäſſigen wohlhabenden und glaubwürdigen Zeugen zugezogen werden müſſen, wie ſtatt der abweſenden? oder ob die testium praesentia, von welcher die Novelle in dieſer Beziehung ſpricht, identiſch iſt mit der Zuziehung der Perſonen, welche, nach der c. 22. C. de jure deliberandi, bei jedem Inventarium zugezogen werden müſſen? — Dagegen über die Frage: ob der Ausdruck *pura substantia* den im Text angenommenen Sinn habe, oder, wie Huber, Hert und Hartmann behaupten, von demjenigen zu verſtehen ſey, was nach Abzug der quarta Falcidia noch übrig bleibt? kann, nach Pufendorfs Erörterung, offenbar kein Zweifel mehr ſeyn. S. über dieſe Frage: auf der einen Seite Huber praest. L. 28. T. 8. §. 8; Hert de effectibus non confecti inventarii; in Comment. et Opusc. Vol. II. T. III. Sect. 1. §. 2; Hartmann de herede legatariis et fideicommissariis neglecto licet inventario ultra vires hereditatis non obligato (Lipsiae 1744): und auf der andern Seite Pufendorf Observ. jur. univ. T. II. obs. 100.

mächtniſſe den Vorzug nicht, den er in Beziehung auf die Erbſchaftsſchulden hat, daß er auch ohne Errichtung eines Inventariums ſo behandelt wird, wie wenn er es nach den geſetzlichen Vorſchriften errichtet hätte [9]).

Nach dem Geſagten muß der directe Erbe nicht nur alsdann die Vermächtniſſe über den reinen Werth der Erbſchaft hinaus bezahlen, wenn er auch die Erbſchaftsſchulden über den Beſtand des Activvermögens hinaus bezahlen muß, ſondern es ſind zwei Fälle möglich, in welchen die Erbſchaftsgläubiger einen Theil ihrer Forderungen wegen Unzureichenheit der Erbſchaft ſchwinden laſſen müſſen, während die dem Erben auferlegten Vermächtniſſe bis auf den letzten Kreuzer bezahlt werden müſſen. Dieſe beiden Fälle ſind erſtens der, wenn der Erbe ein Soldat iſt, und kein Inventarium gültig errichtet hat; und zweitens der, wenn der Erbe ein Inventarium unter Beobachtung der im Codex

9) Daß die Soldaten in der einen Beziehung dieſen Vorzug genießen ſollen, ſagt cap. 22. cit. §. ult. Daß ſie ihn in der andern Beziehung nicht genießen ſollen, ſagt Nov. 1. cap. 2. §. 2, wo es heißt: Quia vero duplex est testamentorum modus, aut in scriptam delatus dispositionem, aut in non scriptam voluntatem: *haec omnia* obtinere similiter et secundum aequam observationem et in non scriptis testamentis, et in omni ultima voluntate sancimus, et *in omni persona*, sive privata, *sive militari*, sive sacerdotali, sive Imperiali, sive alterius cujuslibet. Communem namque omnibus hominibus hanc legem ponimus. Freilich iſt dieſe Beſtimmung der in der c. 22. cit. enthaltenen nicht conſequent. Aber ihre Exiſtenz möchte gewiß ſeyn. Denn eine Beſchränkung des abgedruckten Satzes auf die im vierten Capitel enthaltene Beſtimmung über die Zeit, in welcher die Vermächtniſſe, bei Vermeidung der in dem erſten Capitel angedrohten Strafe, entrichtet werden ſollen, möchte theils den Ausdruck: *haec omnia*, theils die Art gegen ſich haben, wie die Verfügungen des zweiten und dritten Capitels in die des erſten und vierten Capitels eingeſchachtelt ſind.

enthaltenen Vorſchriften errichtet hat, ohne jedoch die Legatare einzuladen, und die erforderlichen Zeugen zuzuziehen.

Das Bisherige iſt in der Novelle deutlich ausgeſprochen. Dagegen iſt nicht deutlich geſagt: ob das Recht, welches der Legatar blos dieſer neuen Ordnung verdankt, ganz dieſelbe Eigenſchaft haben ſoll, wie das Recht, welches er hätte, wenn das Vermächtniß auch abgeſehen von der Novelle gültig wäre?

Dieſe in der Novelle nicht entſchiedene Frage zerfällt in zwei Fragen. Die erſte iſt: ob an einem Legat, welches, wenn die Erbmaſſe zu groß wäre, daß der Legator auch ohne die Novelle ipso jure ein dingliches Recht an dem legirten Gegenſtand hätte, dieſes gegen Jedermann geltend zu machende dingliche Recht auch inſofern eintritt, als das Legat ohne die Novelle deswegen ungültig wäre, weil die dem Erben aufgelegten Vermächtniſſe zuſammen genommen den reinen Betrag der Erbportion überſteigen; oder ob hier eine bloße Forderung gegen den Erben auf Beſtellung und reſpect. Uebertragung des fraglichen dinglichen Rechts Statt findet? Die zweite Frage iſt: ob das dem Legatar im Allgemeinen zuſtehende geſetzliche Pfandrecht auch zur Sicherheit derjenigen Anſprüche Statt findet, welche nur wegen der Novelle 1. gemacht werden können, weil die Erbſchaft keine Mittel zu ihrer Befriedigung enthält?

Gegen den Legatar möchten in beiden Beziehungen die beiden Umſtände ſprechen, daß die Novelle eine correctoriſche Verfügung enthält, und dieſe ausdrücklich für eine Strafandrohung gegen den ſtraffälligen Erben erklärt. Denn ein zweideutiges correctoriſches Geſetz muß in dem Sinne genommen werden, in welchem es von dem bisherigen Recht am wenigſten abweicht, und die Geſtattung eines Pfandrechts zur Sicherheit des neu gegebenen Anſpruchs, oder gar die Geſtattung eines dinglichen Rechts an dem legirten Gegenſtande würde eine größere Ab-

weichung von dem bisherigen Recht enthalten, als die Geſtattung einer bloßen Chirographarforderung. Auch iſt die Androhung einer Privatſtrafe im Zweifel nur von einer Forderung gegen den Straffälligen, nicht von dem ſogenannten *transitus legalis* eines dinglichen Rechts zu verſtehen.

Für den Legatar ſcheint dagegen der Umſtand zu ſprechen, daß es ſich hier nicht um ein Recht und eine Klage aus einem eigentlichen Delict handelt, ſondern nur um ein Recht und eine Klage aus einem Rechtsgeſchäft, welches ganz oder theilweiſe ungültig wäre, wenn der Gravatus eine gewiſſe Garantie, welche der Honoratus nach dem Geſetz von ihm verlangen kann, gegeben hätte, und nur wegen Mangel dieſer Garantie vollſtändig gilt. Man kann nämlich ſagen: es wäre eine juriſtiſche Sonderbarkeit, wenn ein Rechtsgeſchäft, welches auf einen und denſelben Gegenſtand geht, und für den ganzen Gegenſtand dieſelben Worte gebraucht, mich zum Eigenthümer, zum Uſufructuar u ſ. w. eines Theils dieſes Gegenſtandes machte, während es mir in Beziehung auf den andern Theil nur eine Forderung gegen den Erben auf Uebertragung des Eigenthums; auf Beſtellung des Uſusfructs u. ſ. w. verſchaffte; und es wäre eben ſo ſonderbar, wenn ein, nach Annahme der Geſetze, von dem Teſtator oder Codicillanten ſtillſchweigend gegebenes Pfandrecht nur für einen und nicht auch für den andern Theil des Anſpruchs haften ſollte.

§. 3.

Ueber die Colliſion ſelbſt.

Ausdrückliche Beſtimmungen der Geſetze.

Nachdem wir geſehen haben, inwiefern die Legatare das ihnen Hinterlaſſene auch über die reine Erbſchaft hinaus in Anſpruch nehmen können, und welche Klage man ihnen auf dies Plus etwa einräumen kann? ſo können wir nun zu der

Hauptfrage übergehen: Wenn der Legatar mit ſeinem Anſpruch, ſey es auf dieſes Plus, oder auf das, was er auch ohne die Novelle verlangen könnte, mit andern Perſonen in Colliſion kommt; wer kann hier ſein Recht realiſiren, und wer nicht?

Die Geſetze enthalten keine ſpecielle Beſtimmung, wodurch dieſe Frage ganz entſchieden wird. Die vorhandenen ſpeciellen geſetzlichen Beſtimmungen beziehen ſich vielmehr nur auf zwei Fälle, außer welchen noch mehrere andere möglich ſind. Die einſchläglichen Pandectenſtellen nämlich reden von dem Verhältniß zwiſchen denjenigen Erbſchaftsgläubigern und Legataren, welche das beneficium separationis impetrirt haben. Der Inhalt dieſer Stelle iſt: die Legatare ſollen nichts bekommen; ſo lange nicht die Erbſchaftsgläubiger befriedigt ſind, und dieſes ſolle ſelbſt bei denjenigen Legataren keine Ausnahme erleiden, denen nicht eine bloße Forderung, ſondern ein dingliches Recht vermacht iſt [10]). Die einzige hierher gehörige Stelle außer den Pandecten iſt die bekannte Juſtinianeiſche Verordnung des Codex, wodurch das beneficium inventarii eingeführt wird, und redet von der Frage: wie es ſey, wenn der Erbe, der ein gültiges Inventarium errichtet hat, den ganzen Betrag des Activvermögens ausbezahlt habe, ohne alle Erbſchaftsgläubiger und Legatare befriedigt zu haben? Hier heißt es nun: die Legatare ſollten nur inſofern etwas bekom-

10) In Fr. 6. pr. d. de separationib. (42, 6.), entnommen aus *Julian.* Lib. 46. Digestor., heißt es: Quoties heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare separationem, aequum est: ita, ut, *cum creditoribus solidum adquisitum fuerit*, legatariis *vel solidum vel portio* quaeratur. Und in dem, aus *Papinian* lib. 12. Responsor. entnommenen, fr. 4. §. 1. D. eod. tit. heißt es: Legatarius autem in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, habere pignoris causam, convenit.

nren, und rspve behalten, als alle Erbſchaftsgläubiger vollſtändig befriedigt ſeyen [11]).

Betrachten wir nun den Sinn dieſer Stellen im Verhältniß zu unſerer allgemeinen Frage etwas näher.

Der erſte Theil derſelben, der von dem Fall des beneficii separationis redet, ſetzt, da er in den Pandecten enthalten iſt, und alſo auf die neue Verfügung der Novelle keine Rückſicht nehmen kann, den Fall voraus, wo die Legate ungültig ſind, inſoweit ſie das reine Vermögen, welches in der Erbportion des Gravatus enthalten iſt, überſteigen.

Sobald wir aber blos ſolche Legate vorausſetzen, bedürfen wir gar keiner Regel über die Priorität, um auf den in den Stellen enthaltenen Satz zu kommen. Wenn alsbald nach dem Tode des Erblaſſers die Active der Erbſchaft oder der fraglichen einzelnen Erbportion den Erbſchaftsgläubigern und Legataren zu ihrer Befriedigung angewieſen werden, wie dieſes im Fall der von ihnen impetrirten Separation geſchieht, und es ſich zeigt, daß die Activmaſſe nicht mehr oder gar noch weniger werth iſt, als die Erbſchaftsſchulden betragen; ſo erſieht man daraus, daß alle auf die Erbſchaft gelegte Legate ungültig ſind, und es kann daher von einer Colliſion derſelben gar keine Rede ſeyn. Eben ſo iſt es, wenn die Activmaſſe zwar etwas mehr beträgt als die Erbſchaftsſchulden, aber dieſer Mehrbetrag doch nicht dem Betrag

11) C. 22. §. 6. C. de jure delib. (6, 30.) Sin vero creditores, qui post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant: neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverint res, quorum pretia in legata, vel fideicommissa vel in alios creditores processerunt. *Licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hypothecis, vel indebiti condictione uti, et haec, quae accesserint, recuperare: cum satis absurdum sit, creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare.*

der Legate gleich kommt. Hier ergibt es ſich, daß die Legate, ſo weit dieſer Mehrbetrag reicht, gültig ſind, und in Beziehung auf dieſen kommen die Legatare mit den Erbſchaftsgläubigern in keine Colliſion, weil das Vermögen gerade hinreicht, um jene und dieſe zu befriedigen. Es ergibt ſich aber auch ferner, daß das, was noch weiter vermacht iſt, ungültig legirt iſt, und daß alſo dieſer Theil der Vermächtniſſe ebenfalls in keine Colliſion kommen kann.

So wenig die bisher erörterte Beſtimmung der Pandecten eine Regel über eine wahre Colliſion enthält, ſo wenig iſt eine ſolche in der zweiten angeführten Beſtimmung, nämlich in der des Codex enthalten.

Auch die Codexſtelle nimmt natürlich auf die ſpätere Neuerung der Novelle 1. keine Rückſicht, und ſpricht daher nur von Legaten, welche nicht weiter gelten, als das reine Vermögen reicht, das der Gravatus ererbt. Sie ſetzt ferner den Fall voraus, wo der Erbe den Erbſchaftsgläubigern nicht mehr zu bezahlen braucht, als die Activmaſſe beträgt. Wenn nun hier der Erbe den Betrag der Activmaſſe an die Erbſchaftsgläubiger und Legatare zur Vertheilung hingibt, wenn ferner kein anderer Gläubiger auf das Hingegebene Anſpruch macht, aber der Betrag der Activmaſſe den der Erbſchaftsſchulden gar nicht, oder nicht um ſo viel, überſteigt, als die darauf gelegten Vermächtniſſe betragen; ſo führt dieſelbe Betrachtung, die wir in Beziehung auf den Fall des beneficii separationis angeſtellt haben, zu demſelben Satze.

§. 4.

Bezeichnung der wichtigeren in den Geſetzen nicht entſchiedenen Puncte.

Nach dem Bisherigen (§. 3.) haben wir über die wahre Colliſion der Legatare mit Gläubigern, die keine Legatare ſind, durchaus keine ſpecielle geſetzliche Beſtimmung.

Es iſt namentlich erſtens nichts über den Fall ſpeciell beſtimmt, wenn weder der Erbe das beneficium inventarii hat, noch die Erbſchaftsgläubiger und Legatare die Separation impetrirt haben.

Es iſt zweitens nicht beſtimmt: ob, wenn ein dem Geſetz vollkommen entſprechendes Inventarium errichtet, das beneficium separationis aber nicht nach den Beſtimmungen des prätoriſchen Rechts erbeten worden iſt, die Gläubiger des inſolventen Erben auch die Erbmaſſe angreifen können? und wie, wenn dieſes geſchehen kann, das Rangverhältniß zwiſchen ihnen, den Erbſchaftsgläubigern und den Legataren iſt?

Drittens für den Fall, wenn der Erbe in Beziehung auf die Erbſchaftsgläubiger das beneficium inventarii in Anſpruch nehmen kann, aber, weil kein Inventarium errichtet iſt, wie es die Novelle verlangt, die Vermächtniſſe ultra substantiam bezahlen muß, iſt nicht entſchieden: ob die Erbſchaftsgläubiger, oder die Gläubiger des Erben, oder beide mit den Legataren in Colliſion kommen können, und wie dieſe Colliſion zu heben iſt?

Auch viertens für den Fall, wenn das beneficium separationis impetrirt iſt, aber die Legate derjenigen, welche daran Antheil nehmen, weil der Erbe kein gehöriges Inventarium errichtet hat, auch über den Betrag des reinen Vermögens hinaus gelten, iſt keine ausdrückliche Beſtimmung über das Verhältniß derſelben zu den Forderungen derjenigen Erbſchaftsgläubiger vorhanden, welche an der Separation Antheil nehmen.

Endlich iſt fünftens für den Fall der impetrirten Separation das Verhältniß derjenigen Legatare, welche nicht Separatiſten ſind, zu den Gläubigern des Erben und zu denjenigen Erbſchaftsgläubigern, welche von der Separation keinen Gebrauch machen, in den Geſetzen nicht ſpeciell beſtimmt.

Dieſe fünf Puncte ſind nun zu erörtern.

§. 5.

Erſte Frage.

Wie ſind die Colliſionen zu heben, welche in dem Fall eintreten, wenn weder das *beneficium inventarii* noch das *beneficium separationis* Statt findet?

Iſt kein Inventarium errichtet, und der Erbe auch kein Soldat, ſo haben die Erbſchaftsgläubiger ihre Forderungen, und die Legatare, die ihnen hinterlaſſenen Vermächtniſſe, ganz zu fordern, ohne Rückſicht auf den Werth der reinen Erbmaſſe oder der Activmaſſe. Executionsobject für beide, ſo wie für die Gläubiger des Erben, iſt, wenn jene keine Separation impetriren, das geſammte Activvermögen des Erben, wie es ſich durch Verſchmelzung der Activa aus der Erbſchaft mit ſeinem eigenen früheren Activvermögen, und durch nachherigen Erwerb und Verluſt gebildet hat.

Ueber den Rang dieſer drei Arten von Concurrenten haben wir keine ſpeciellen Vorſchriften; es muß daher, außer dem Concurs wie im Concurs, alles gerade eben ſo gehalten werden, wie wenn dieſe dreierlei Anſprüche einer Gattung angehörten, wie wenn ſie z. B. alle durch den Erben begründet worden wären.

Was insbeſondere die Legatare betrifft, ſo wollen wir zuerſt nur von dem Theil ihrer Vermächtniſſe reden, welcher den reinen Betrag der Erbſchaft überſteigt, und daher auch ohne die Novelle 1. gelten würde.

Hier treten diejenigen, welche ipso jure ein dingliches Recht an den Gegenſtänden ihrer Vermächtniſſe erworben haben, inſoweit dieſe Gegenſtände ſich in der Maſſe befinden, und nicht von Pfandgläubigern des Erblaſſers verſchlungen werden, als Vindicanten auf. Inſoweit ſie ſich aber nicht darin befinden, oder von den Pfandgläubigern verſchlungen werden, werden die ſonſt zur Vindication berechtigten Legatare wie die gewöhnlichen behandelt [12]).

12) Der Fall müßte denn ausnahmsweiſe von der Art ſeyn,

Dieſe kommen in die Klaſſe der ſimplen Pfandgläubiger. Da ihnen aber nicht die ganze Concursmaſſe, ſondern nur die Erbmaſſe verpfändet iſt, ſo ſind ſie als Specialpfandgläubiger anzuſehen, und wenn ſie aus ihrem Specialpfand nicht ganz befriedigt werden, ſo kommen ſie für den Reſt in die Klaſſe der einfachen Chirographargläubiger [13]).

Was den andern Theil der Vermächtniſſe betrifft, nämlich denjenigen, um welchen die Vermächtniſſe die reine Erbſchaft überſteigen, ſo läßt ſich, wie wir oben geſehen haben, ſehr darüber ſtreiten, ob von ihm daſſelbe gelte, wie von dem erſten Theil, oder ob in Beziehung auf dieſen zweiten Theil alle Legatare unbedingt in die Klaſſe der einfachen Chirographargläubiger gehören.

§. 6.

Zweite Frage.

Bewirkt die Errichtung eines den Geſetzen entſprechenden Inventars, daß die Erbſchaftsgläubiger und Legatare das *beneficium separationis* haben, ohne es beſonders zu impetriren, oder müſſen ſie ſich die Concurrenz der Gläubiger des Erben gefallen laſſen? und wenn Letzteres der Fall iſt, wie iſt die dadurch etwa entſtehende Colliſion zu heben?

Die erſte Hälfte dieſer Frage iſt ſchon früher oft auf-

daß nicht der Erbe, ſondern der Legatar ſelbſt, das auf dem legirten Gegenſtande haftende Pfand abzulöſen hatte. S. hierüber §. 15. 12. J. de legat. (2, 20); fr. 57. D. de legatis I (30); c. 3. C. de legat. (6, 37) Von den in der Regel ebenfalls von dem Erben abzulöſenden Perſonalſervituten ſchweige ich in dem Texte, weil ſie ungleich ſeltener vorkommen, als die Pfandrechte. Und die Realſervituten brauche ich deswegen nicht zu erwähnen, weil ſie im Zweifel nicht abzulöſen ſind.

13) C. 1. C. commun. de legat. (6. 43.) Daß die Legate als Chirographarſchulden mit einem privilegio exigendi verſehen ſeyn ſollen, wird nirgends geſagt.

geworfen, und bald gegen die Separationen, bald zu Gunſten derſelben entſchieden worden. Namentlich iſt jenes von Anton Faber [14]), Dabelow [15]), und v. Wening-Ingenheim [16]), und dieſes von Lauterbach [17]) geſchehen.

Mir ſcheint die Separation, auch wenn ein Inventarium errichtet iſt, ohne beſondere Interpretation nicht Statt zu finden. Lieſ't man nämlich die Verordnung von Juſtinian, welche des beneficium inventarii einführt, aufmerkſam durch, ſo findet man auf der einen Seite das deutlich darin ausgeſprochen, daß der Erbe an die Erbſchaftsgläubiger und Legatare zuſammen nicht mehr auszubezahlen habe, als die in dem Inventarium ſpecificirte Activmaſſe werth iſt; dagegen läßt ſich auf der andern Seite von keiner Stelle jener Verordnung mit Beſtimmtheit behaupten, ſie verweiſe die Erbſchaftsgläubiger und Legatare auf die ſpeciellen Sachen, welche ſich in der Erbmaſſe befinden, oder auf den Erlös aus derſelben; oder ſie verfüge, daß die Gläubiger des Erben dieſe Vermögensſtücke weniger ſollen in Anſpruch nehmen können, daß der Erbe ſelbſt weniger darüber ſolle disponiren können, als wenn er das beneficium inventarii nicht hätte. Höchſtens kann man etwa noch ſagen, die Verordnung enthalte einige Aeußerungen, bei denen ſich ein kleiner Zweifel aufwerfen laſſe, ob ſie nicht außer dem beneficium, welches dem Erben gegeben wird, noch ein den Erbſchaftsgläubigern und Legataren ohne beſonderes Erbitten zuſtehendes beneficium separationis an das Inventarium knüpfen. Allein zweideutige Stellen, welche jura singularia enthalten, ſind bekanntlich stricte zu interpretiren [18]), und folglich darf man die

14) De erroribus pragmaticorum. Dec. 2. err. 2.

15) Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurſe. S. 344 fg.

16) Civilrecht §. 508. (Bd. V. §. 172. a. E.)

17) De separatione: in Dissertat. academ. T. III. Nr. 126. cap. 2. §. 3.

18) Thibaut, Theorie der logiſchen Auslegung. §. 15.

fraglichen Aeußerungen nur von dem beneficium verſtehen, von welchem ſie unzweideutig reden, nämlich von dem beneficium inventarii des Erben.

Iſt dieſe Anſicht die richtige; ſo iſt im Fall der Errichtung eines den Geſetzen vollkommen entſprechenden Inventariums derſelbe Concurs möglich, wie wenn kein Inventarium errichtet worden wäre, und es drängt ſich uns die zweite Hälfte der im Eingang dieſes §en aufgeworfenen Frage auf, die Frage: wie hier die Locirung geſchehen müſſe?

Ich ſehe nun keinen Grund ein, warum ſie anders geſchehen ſollte, als wenn kein Inventarium errichtet worden wäre. Nur das verſteht ſich nach dem Bisherigen von ſelbſt, daß das Inventarium auch im Concurs auf die Größe der Erbſchaftsſchulden und Vermächtniſſe Einfluß hat. Hieran ſchließt ſich aber folgende Frage an: Wenn Erbſchaftsgläubiger oder Legatare wegen Concurrenz der Gläubiger des Erben nicht ſo viel erhalten, als ſie, wenn der Erbe ſolvent wäre, zu erhalten hätten, ſondern ſich mit einer rata begnügen müſſen; erhalten ſie dann eine rata von dem Nominalbetrag ihres Anſpruchs, oder nur eine rata von demjenigen, was ſie an den Erben, der ein gehöriges Inventarium errichtet hat, wirklich zu fordern haben? Offenbar muß man bei Erbſchaftsſchulden das erſte, bei Vermächtniſſen das letzte annehmen. Und zwar aus folgenden Gründen: Die Vermächtniſſe ſind in dem Fall, von welchem wir reden, inſoweit ſie den reinen Betrag der Erbſchaft überſteigen, ganz ungültig. Daß ſie ſeit der Novelle 1. in einem andern Falle auch über den Betrag der reinen Erbſchaft hinaus gelten, iſt eine Strafe für den Erben, von welcher in unſerem Fall gar keine Rede ſeyn kann, weil er der Straffall nicht iſt. Anders ſteht es aber mit den Erbſchaftsſchulden, wenn dieſe die Activmaſſe überſteigen. Hier exiſtiren eigentlich dieſe Schulden bis zu ihrem Nominalbetrag, und Juſtinian gibt nur dem Erben unter gewiſſen Vorausſetzungen das Privilegium (woran

denn ſeine Gläubiger mitgenießen), dieſen Nominalbetrag inſoweit nicht bezahlen zu müſſen, als ihm dadurch die Erbſchaft Schaden bringen würde. Wenn aber ein Erbſchaftsgläubiger wegen des Concurſes nur eine gewiſſe rata von ſeiner Forderung bekommen ſoll, und dieſe auf jeden Fall weniger beträgt, als was er außer dem Concurs bekommen würde, ſo löſt ſich die Frage: wie viel er weniger bekommen ſoll? nicht in die Frage auf: wie wenig die Gläubiger des Erben durch die Erbſchaftsgläubiger verlieren? ſondern in die Frage: wie viel die Gläubiger des Erben durch die Erbſchaft gewinnen ſollen? Und bei dieſer Frage iſt durchaus kein Grund vorhanden, von andern Normen auszugehen, als wenn kein Inventarium errichtet worden wäre.

§. 7.

Dritte Frage.

Inwiefern gelten in dem Falle, wenn der Erbe nur den Erbſchaftsgläubigern gegenüber das *beneficium inventarii* hat, und keine Separation impetrirt worden iſt, andere Grundſätze über die Colliſion, als in dem Fall, von welchem die zweite Frage handelt?

Die Geſetze beantworten auch dieſe Frage nicht ausdrücklich. Der ganze Unterſchied muß offenbar darin beſtehen, daß in unſerm Fall zu den Anſprüchen der Legatare, welche auch im vorigen Fall Statt finden, noch neue hinzukommen, welche die oben bei Beantwortung der Präliminarfrage beſprochene Eigenſchaft haben. Dieſes bewirkt, daß man hier nicht ſagen kann, der Erbe brauche den Erbſchaftsgläubigern und Legatarn nicht mehr zu geben, als das Inventarium beträgt, ſondern vielmehr ſagen muß: die Erbſchaftsgläubiger erhalten nicht mehr, als das Inventarium beträgt (freilich auch nicht mehr, als ihre Forderungen betragen); die Legatare aber brauchen ſich mit der Summe nicht zu begnügen, welche die Erbſchaftsgläubiger von dem Betrag des Inven-

tars übrig laſſen, ſondern ſie können ſo viel verlangen, als ihnen vermacht worden iſt. Inwiefern ſie aber außer dem Concurs in Colliſion kommen können, und wie dieſe zu heben iſt? Dieſes hängt von der Frage ab, die wir oben (§. 2.) über die Qualität ihres Anſpruchs auf dasjenige, um was ihre Vermächtniſſe den Betrag der reinen Erbſchaft überſteigen, aufgeworfen haben. Vom Concurs gilt daſſelbe, wie im vorigen Fall, nur mit dem Unterſchied, daß die Legatare in unſerm Fall auch rückſichtlich des Plus, welches ſie hier verlangen können, irgend einer Klaſſe zugetheilt werden müſſen. Welcher Klaſſe ſie aber zuzutheilen ſind, dieſes hängt auch wieder von der oben beſprochenen Qualität ihres Anſpruchs auf dieſes Plus ab.

§. 8.

Vierte Frage.

Stehen die Legatare, welche an dem *beneficium separationis* Antheil nehmen, den Erbſchaftsgläubigern, welche daran Antheil nehmen, auch in dem Fall nach, wenn kein der Novelle 1. entſprechendes Inventarium errichtet iſt?

Wir haben oben geſehen, daß die Pandecten, dem von der Separation Gebrauch machenden Erbſchaftsgläubiger unbedingt den Vorzug geben vor dem von demſelben beneficium Gebrauch machenden Legatar. Wir haben aber auch ferner geſehen, wie in dem Fall, den die Pandecten vorausſetzen, jener Vorzug ſchon aus dem Umſtand folgt, daß die Vermächtniſſe nicht über den reinen Werth der Erbportion hinaus gelten. Da nun dieſer Umſtand in dem Falle, von welchem wir hier reden, nicht eintritt; ſo iſt man auf den erſten Anblick verſucht, zu ſagen, für dieſen Fall ſey jener Vorzug, als eine bloße Folge des Satzes, den die Novelle hier aufgehoben hat, mit weggefallen. Allein faßt man das beneficium separationis näher ins Auge; ſo kommt man auf ein Princip, welches uns nöthigt, auch für den gegen-

wärtigen Fall den Vorzug der Gläubiger vor den Legataren anzuerkennen. Ich meine das in den Pandecten deutlich ausgeſprochene Princip, daß die die Separation impetrirenden Erbſchaftsgläubiger nicht mehr an ihren Forderungen verlieren ſollen, als ſie verlieren würden, wenn der Erblaſſer noch lebte, und über ſein Vermögen Concurs eröffnet würde [19]. Dieſes Princip führt zu einem unbedingten Vorzug der die Separation impetrirenden Erbſchaftsgläubiger vor den von dieſem Beneficium ebenfalls Gebrauch machenden Legataren, auch im neueſten Recht. Denn die Anſprüche der Legatare ſind erſt durch den Tod des Erblaſſers entſtanden; ſie würden daher nicht exiſtiren, und folglich auch den Erbſchaftsgläubigern nicht im Wege ſtehen, wenn der Erblaſſer noch lebte.

§. 9.

Fünfte Frage.

Wenn einige von denjenigen, welche auf das *beneficium separationis* Anſpruch haben, daſſelbe impetriren, andere aber nicht; wie iſt alsdann das Verhältniß der Letzteren unter ſich, und zu den Gläubigern des Erben?

Dieſe letzte Frage iſt offenbar die leichteſte unter allen. Die Concursmaſſe, in welche ſich hier ſowohl die Erbſchaftsgläubiger und Legatare, welche nicht Separatiſten ſind, als die Gläubiger des Erben zu halten haben, beſteht theils in dem Vermögen des Erben, theils in denjenigen Stücken der Erbſchaft, welche die Separatiſten übrig laſſen. Was hier den Rang der drei Arten von Concurrenten betrifft, ſo iſt kein Grund vorhanden etwas anderes anzunehmen, als in

19) Fr. 1. D. de separationib. (42. 6.) Der zweite Zweck iſt, die Legatare eines inſolventen Erben in die Lage zu verſetzen, als ob ſie ihre Legate von Jemandem zu beziehen hätten, der weder Activvermögen noch Schulden zu der Erbſchaft hinzubringt.

dem Fall, wenn kein Separatconcurs Statt findet. Nur wird es ſelten vorkommen, daß die Legatare, die nicht Separatiſten ſind, von dem ihnen ſonſt zuſtehenden Vindicationsrecht Gebrauch machen können, weil nur durch einen ſeltenen Zufall der Gegenſtand des Legats, der zunächſt in die Separatmaſſe fällt, in dem Separatconcurs übrig bleiben, und in natura in die Hauptconcursmaſſe hineinkommen wird.

§. 10.

Schluß.

Die hier vorgetragenen Erörterungen führen zu dem Reſultat, daß nur in einem Fall, nämlich wenn ein Legatar das beneficium separationis impetrirt hat, dieſer dem mit ihm collidirenden Erbſchaftsgläubiger unbedingt nachſteht, und daß es in allen andern Fällen von mancherlei Umſtänden abhängt, ob die Legatare in Colliſion mit Gläubigern, die nicht Legatare ſind, vor dieſen den Vorzug haben, oder gegen ſie zurückſtehen.

Es wäre offenbar überflüſſig, das Detail dieſes Reſultats dem Leſer hier noch einmal in einer neuen Zuſammenſtellung vorzuführen. Für den denkenden Leſer wäre es ſogar überflüſſig, ihn noch beſonders aufmerkſam zu machen: wie die ausgeführten Grundſätze auf dieſen und jenen bisher nicht ſpeciell ins Auge gefaßten Fall anzuwenden ſind. Dagegen möchte es nicht überflüſſig ſeyn, zum Beſchluß noch die Fälle, die, nach den hier als relevant dargeſtellten Momenten, von einander zu unterſcheiden ſind, anzudeuten, und zugleich auf die Stelle des Aufſatzes, worin die für jeden einzelnen dieſer Fälle entſcheidenden Grundſätze vorgetragen ſind, zu verweiſen.

Die möglichen Fälle laſſen ſich auf folgende ſechs reduciren:

1) Weder das beneficium inventarii, noch das beneficium separationis findet Statt. Darüber ſ. §. 5.

2) Es iſt ein Inventarium nach Vorſchrift der Novelle 1. errichtet, aber das beneficium separationis iſt nicht impetrirt. Ueber dieſen Fall ſ. §. 3 u. 6.

3) Der Erbe hat den Erbſchaftsgläubigern gegenüber das beneficium inventarii, aber er hat kein Inventarium nach Vorſchrift der Novelle errichtet; auch iſt das beneficium separationis nicht impetrirt. S. §. 7.

4) Die Separation iſt impetrirt, und zugleich iſt ein Inventarium nach Maaßgabe der Novelle 1. errichtet. Hier ſ. über das Verhältniß der Nichtſeparatiſten §. 9, und über das Verhältniß der Separatiſten §. 3.

5) Die Separation iſt impetrirt, und der Erbe hat das beneficium inventarii, aber die Vorſchrift der Novelle iſt nicht befolgt. Ueber das Verhältniß der Nichtſeparatiſten ſ. wieder §. 9, über das Verhältniß der Separatiſten dagegen §. 8.

6) Die Separation iſt impetrirt; aber der Erbe hat nicht einmal das beneficium inventarii in Beziehung auf die Erbſchaftsgläubiger. Hier gilt daſſelbe, wie in dem unter 5. angegebenen Fall. S. auch hier §. 8 und §. 9.

XIII.

Ueber das pactum reservati dominii.

Vom Hrn. Dr. Müller, Privatdocenten zu Gießen.

§. 1.

Einleitung.

Obgleich viele Rechtsgelehrte, wie dies die Literatur [1]) über unſern Gegenſtand beweiſt, über das pactum reservati do-

1) Vergl. Glück, Pandecten-Commentar. Bd. XVI. S. 229,